17

P E R

D. SAMUELE MASSEI

Nel S. R. C.

C O M M E S S A R I O

IL DEGNISS. CONSIGLIERE D. CARLO RIZZI.

In Banca *di Baſile*
Scrivano l'Att. *Niccola Carnevale*

(17)

Nemo poteſt in teſtamento ſuo cavere, ne leges in ſuo teſtamento locum habeant. L. 55. D. de Legat. 1.

SI diſputa tra i due fratelli D. *Samuele*, e D. *Vincenzo Maſſei* la intelligenza di un teſtamento del padre loro D. *Ferdinando*, e comune zio *D. Giacomo Maſſei*. Pretende D. *Samuele*, che debba eſſer' egli coerede col fratello D. *Vincenzo* in egual dritto, e porzione, sì nell' *uſofrutto*, che nella *proprietà*, di tutt' i beni ereditarj di eſſi Teſtatori. Ciò gli contende D. *Vincenzo*, che lo crede iſtituito erede nel ſolo, e ſemplice *uſofrutto*; ed al preſente, in pena della controvenzione, non ſpettargli, che la nuda, e ſemplice *legittima*. Dal canto di chi ſtia la ragione, deve il S.C. con ſua ſentenza giudicarlo. Noi, che le parti ſoſtenghiamo di D. *Samuele*, eſporremo pria il fatto, che ha data occaſione alla preſente lite; e quindi paſſaremo ad analizzare il buon dritto, che da per tutto a favor del noſtro Cliente ſpira, e riluce.

F A T T O.

I germani fratelli Canonico D. *Giacomo*, e D. *Ferdinando Maſſei* della Città di Teramo vollero *unitamente* diſporre de' loro beni con atto di ultima volontà. In agoſto adunque dell' anno 1792. formarono amendue inſieme un dilor *nuncupativo teſtamento* per mano di Notar Car-

neſſale della Città ſuddetta; e la iſtituzion dell' *Erede* ſi vede concepita nel ſeguente modo.

Eſſi Rev. Canonico D. Giacomo, e D. Ferdinando Maſſei colle diloro proprie bocche nominano, creano, fanno, ed iſtituiſcono diloro EREDI UNIVERSALI, E PARTICOLARI li diloro nipoti, e figli reſpettivi D. VINCENZO, e D. SAMUELE MASSEI, ſopra tutti, e qualſivogliano di loro beni, mobili, ſtabili, ſemoventi, juſſi, ragioni &c. colla legge eſpreſſa, che il ſolo D. Vincenzo debba prender moglie, e detto D. Samuele debba far vita comune con detto D. Vincenzo. E NEL CASO eſſo D. Samuele voleſſe ſeparaſi da eſſo D. Vincenzo, o voleſſe prender moglie, avendo figli eſſo D. Vincenzo, che detto D. Samuele niente poſſa pretendere ſulla diloro Eredità; ma queſta in tal caſo ſia intiera di detto D. Vincenzo, e ſolo eſſo D. Samuele poſſa pretendere ſulla roba paterna la legittima, che de jure gli ſpetta, ſu della quale da ora eſſo D. Ferdinando Padre lo iſtituiſce erede con titolo di onorevole particolare iſtituzione. NEL CASO poi eſſo D. Vincenzo prendeſſe moglie, e non faceſſe figli maſchi, che in tal caſo debba prender moglie eſſo D. Samuele, col pieno conſenſo, e piacere di eſſo D. Vincenzo; ed in tal caſo alle figlie femine di eſſo D. Vincenzo ſi debba la ſola dote di paragio, e 'l dippiù dell' eredità debba accreſcerſi ad eſſo D. Samuele.

ITEM eſſo D. Ferdinando laſcia all' altro ſuo figlio D. Gio. Filippo la legittima, che de jure gli ſpetta, quante volte non voleſſe coabitare CON DETTI SUOI EREDI, ſu della quale lo iſtituiſce erede col titolo di onorevole particolare iſtituzione (1);

Come oltre de' maſchi, e di due figlie maritate, vi erano in caſa quattro altre figliuole nubili di detto D. Ferdinando; così dopo di aver egli inſtituito eredi a titolo di parti-

co-

(1) *Fol. 6. & ſeq.*

colare istituzione le figlie già allogate nelle loro respettive doti, alle rimanenti quattro assegna ben' anche la dotè di paragio nel caso di andare a marito, o monacarsi: e laddove ciascuna di esse non si maritasse, o monacasse, ma restasse in casa insieme colli sudetti suoi Eredi, in tal caso vogliono i Testatori, Padre e Zio, che fossero da' fratelli *ben trattate, e sovvenute di tutto il bisognevole* (1).

Defonto in *novembre* dell' anno 1798. uno de' due Testatori, cioè il Canonico *D. Giacomo* (2), ad istanza così di *D. Vincenzo*, che di *D. Samuele*, non ostante che fossero *figli* di *famiglia*, e sotto la patria potestà dell' altro Testatore, che tuttavia allor vivea *D. Ferdinando*, si vede in quella Local Corte a dì 1. *febbrajo* dell' anno seguente 1799. spedito a beneficio di amendue un' insussistente decreto di preambolo, col quale furon dichiarati *eredi universali, e particolari* del Zio, in virtù del citato testamento, e colli pesi, e condizioni in quello espressi (3): e posteriormente ad istanza del solo *D. Samuele*, vivente pure il Padre, perchè niun conto si tenne del detto preambolo antecedentemente spedito, venne egli con altro decreto della Corte medesima del Luogo del dì 18 *settembre* 1800. dichiarato *erede universale e particolare* del prenomato istesso suo Zio, in virtù ancora del detto di lui testamento, e con tutte quelle clausole, che son solite ad apporsi (4). Morto però dopo il corso di altri tre anni circa, o sia a dì 18. *maggio* 1803. l' altro *contestatore*, come si è detto, *D. Ferdinando Massei*, non curarono più i suoi figli *D. Samuele*, e *D. Vincenzo* di spedirsi preambolo veruno, nè nella Corte locale, nè nella G. C. della Vicaria *ex dicto ejus testamento*; ma s' immisero amendue col fatto nel possesso, e condominio di tut-

2

(1) *Fol.* 7.
(2) *Fol.*
(3) *Fol.* 14.
(4) *Fol.* 4.

tutti li beni ereditarj, *senzachè* mai atto veruno avessero spiegato di *accettazione* di quel tale testamento, che fu al Padre, e al Zio comune, e che entrambi insieme, come si è detto, formarono per mano di Notar *Carneffale* nell' anno 1798. Senonchè surta dopo qualche tempo della discordia fra de' sudetti Eredi fratelli, giacchè ammogliatosi il primogenito D. *Vincenzo Massei* intendea di privar de' suoi dritti il secondogenito D. *Samuele*, non volendo ch' egli s' ingerisse nell' amministrazione de' comuni beni, ereditati dal padre, e dal zio, e che ne percepisse in egual porzione i frutti; fu nell' obbligo il detto D. *Samuele*, per sostenere i suoi diritti, di umiliar de' ricorsi al Real Trono, e contemporaneamente d'instituirne un formal giudizio nel Tribunale della Reg. Camera della Summaria, allor suo foro competente; cosa, che seguì in febbrajo dell' anno 1805.

D. *Samuele* adunque, dicendo formalmente di *nullità della condizione* apposta nel testamento, di non potersi egli ammogliare quando il suo fratello maggiore *D. Vincenzo* avesse procreato *figli maschi*, domandò di esser dichiarato libero coerede e in *proprietà*, e in *usofrutto*, per la sua metà, in tutti que' beni, che formavano la eredità paterna, e zierna, coll' obbligo de' respettivi pesi (1). La Camera, dopo varie interine provvidenze de' Commessarj antecessori, con suo decreto de' 18. luglio dell'anno 1806, a relazione del meritevolissimo Consigliere Rizzi, ch' è pur oggi di questa causa Commessario nel S.C., profferì il seguente decreto: *Explicando provisionem reservatam in decreto diei 5. Decembris elapsi anni 1805. fol. 17. super omnibus hinc inde deductis in biduo audiantur partes; & interim pro nunc & donec aliter* (mentre avea domandato D. *Vincenzo*, che a D. *Samuele*, per essere incorso nella penale della controvenzione al mentovato testa-

(1) *Fol. 2. ad 3.*

ſtamento, non competeſſe altro, che la *legittima* ſull'eredità paterna) *liceat D. Samueli Maſſei, nedum adminiſtrare conjunctim, & non diviſim, cum ejus fratre D. Vincentio, bona eis obventa a D. Ferdinando, & D. Jacobo eorum patre, & patruo reſpective; verum etiam percipere medietatem fructuum bonorum prædictorum, ſervata forma teſtamenti* (1).

Paſſato in giudicato un tal decreto, e traſmeſſi gli atti nel Tribunale del S. C. per l'abolita giuridizione della Camera in ſiffatte cauſe, pria di paſſarſi oltre nel giudizio ordinario, con decreto di queſto Supremo Tribunale del dì 16. *febbrajo* corrente anno venne ordinato; *Quod onera fiſcalia, & alia onera inhaerentia bonis obventis D. Vincentio, & D. Samueli Maſſei a qu. D. Ferdinando, & D. Jacobo Maſſei; ac pariter onus alendi communes ſorores, cedant ad onus tam dicti D. Vincentii, quam prædicti D. Samuelis: & ſuper omnibus aliis prætenſis, & deductis per eundem D. Vincentium, currat terminus alias datus per Reg. Cameram in decreto diei 18. Julii elapſi anni* 1806. *fol.* 31. (2).

Per quello adunque concernea l'*eſecutivo* furono a norma di queſt'altro decreto ſpediti gli ordini convenienti; e per ciò che riguardava il giudizio *ordinario*, così l'una, che l'altra parte attesero alla compilazione del termine giuſta le reſpettive intenzioni.

Gli aſſunti di ciò, che inteſe provare D. *Vincenzo*, furon li ſeguenti. 1. Che quella, che trovavaſi ſcritta nel citato teſtamento, e non altra, era ſtata l'ultima volontà de' diſponenti. 2. Che D. Samuele avea la ſuddetta diſpoſizione del Padre, e del Zio formalmente accettata. 3. Che dopo la morte del comun genitore avea il ſolo D. *Samuele* tenuta la intiera amminiſtrazione della roba.

(1) *Fol.* 31.
(2) *Fol.* 67.

4.Che li pesi fiscali non eransi affatto da lui adempiti, ma erano rimasti sempre a carico di esso D. *Vincenzo*, come pure le doti delle sorelle maritate, e gli alimenti delle altre sorelle, ch'erano in casa. 5.Che dopo la morte dell'istesso comun padre li pesi pubblici del catasto eransi a norma della consuetudine del luogo a lui solo intestati, giacchè egli, come ammogliato, rappresentava la famiglia del defonto. E finalmente che D. *Samuele* alienissimo da quello spirito di vera unione, che aveano i Testatori tra essi fratelli prescritto, avea sempre, non solo mostrato del niun riguardo, ed affezione verso la cognata, e piccioli nipoti, ma neppure usati quegli atti di *urbanità*, che son soliti a praticarsi cogli estranei (1).

D. *Samuele* per l'opposto si restrinse a provare; Che la *vera* idea de' Testatori non fu quella, che appariva vergata nel dilor testamento; tantopiù, che il Notajo stipulatore, come stretto amico, e confidente del suo fratello maggiore D. *Vincenzo*, l'avea non poco nel distenderla di proprio pugno alterata; e fra l'altro nell'aggiugnere dopo la istituzione netta degli Eredi quella tal condizione a D. *Samuele*, di dover fare *vita comune col detto D. Vincenzo*, e di *non potersi ammogliare* se non nel caso che lo stesso suo fratello *non facesse figli maschi*; colla penale di rimanere istituito nella sola *legittima* su de' paterni beni, laddove pensasse o a disunione, o a prender moglie; quando per l'opposto i Testatori medesimi avean sempre nel corso di lor vita mostrata maggiore affezione per esso D. *Samuele* (2).

Di niun merito fu sicuramente la pruova, che cercò fare D. *Vincenzo* per mezzo di testimoni in sostegno de' suoi assunti. Felicissima per l'opposto sarebbe riuscita la pruova di D. *Samuele*, se quella circostanza di fatto, che vien testificata da un solo testimonio, degno per altro di tut-

(1) *Fol.* 78. *ad* 79. (2) *Fol.* 108. *ad* 109.

tutta la credenza (1), circa quelle tali condizioni, che per manovre del Notajo aggiunte ſi veggono dopo la *pura iſtituzione* di D. *Samuele*, conteſtata veniſſe ancor dagli altri, che concordemente atteſtarono la ſtrettiſſima intrinſichezza, ed amicizia del Notajo con D. *Vincenzo*, capace a fargli meritare ogni favore. Del rimanente lo ſtato della controverſia è tale, che anche nell' *ipoteſi*, che il teſtamento così veramente foſſe ſtato dettato, come ſi trovò ſcritto, rimane deciſa, e riſoluta a favore di D. *Samuele* per le ſeguenti dimoſtrazioni di *dritto*, che all' alto intendimento e ſapere del S. C. da noi ſi umiliano.

DRITTO.

§. I.

Il teſtamento, come ſta ſcritto, non nuoce a D. Samuele, perchè gli ſpetti anche il dominio della metà de' beni ereditarj del Padre, e del Zio.

NOn v'ha dubbio, che il *teſtamento* è una *legge*, che ſi permette all'uomo di poter dire in atto di *ultima volontà* a' ſuoi beni, alla ſua famiglia, per averſi inviolabilmente dopo ſua morte ad oſſervare. UTI PATERFAMILIAS LEGASSIT SUPER PECUNIÆ TUTELÆVE SUÆ REI, ITA JUS ESTO. Fu una delle leggi delle XII. Tavole, e la baſe della Romana giuriſprudenza in rapporto all'adempimento delle ultime volontà de' defonti. I Romani giureconſulti adunque il più delle volte non ſi occuparono in altro, che nel rintracciare, quale la volontà di un Teſtatore ſi foſſe, per appunto queſta eſattamente compierſi, ed eſeguirſi. Ma non vi è dubbio del pari, che la legge Superiore dello *Stato*, per bene dello Stato medeſimo, ha dovuto trasandare talvolta le vo-

(1) *Fol.*

lontà de' Teſtatori, laddove queſte alla giuſtizia o civile, o naturale, ch' *equità* fu chiamata, ſi opponeſſero; e quindi non poche furon le *limitazioni*, che di tempo in tempo ricevette quell' ampio *arbitrio* di chi teſtava, onde ſulle prime faſtoſo, e ſuperbo, dettando leggi, ne giva l'uomo all' altro mondo. Quanti *evremi* (εὑρήματα) o ſiano finzioni, non inventarono i Pretori per raddolcire il rigore, e l'aſprezza del dritto antico? Quaſi ad ogni pagina s'incontrano ne' Codici della Romana giuriſprudenza (1). Fra le ſudette *limitazioni* appunto vanno le condizioni, che ſi appongon da un Teſtatore, dall' adempimento delle quali, o il *buon coſtume*, o la *libertà dell' uomo*, o il *pubblico bene* viene a ſoffrirne nocumento, Siffatte condizioni ſi tennero ſaggiamente come *non ſcritte*; e l'*eredità*, o il *legato*, ad onta dell' inadempimento delle ſteſſe deferivaſi: ſicchè non ſono miga a metterſi fra la rubrica di quelle *poteſtative*, che cita con poco accorgimento l' Avverſario; *ſi Alexandriam iveris*: *Si Capitolium aſcenderis*; le quali ſicuramente ſoſpendevano di deferirſi il laſcito del Teſtatore, fino a che non foſſero verificate. Non uno, ma centinaja di eſempli in conferma di tal teoria ci ſi offrono nelle leggi Romane; e molti *Reſponſi* di Giureconſulti ſembran dettati a livello per la cauſa preſente.

Eccone in pronto due di *Papiniano* regiſtrati nel libro XVIII. delle ſue Quiſtioni, e rapportate da *Triboniano* nella *L.* 72. *al §.* 4. *e* 5. ſotto il Tit. *de conditionibus & demonſtr.*: *SI arbitratu Titii SEJA NUPSERIT, heres meus ei fundum dato. Vivo Titio, etiam ſine arbitrio Titii eam nubentem legatum accipere reſpondendum eſt; eamque legis ſententiam videri, NEQUOD OMNINO NUPTIIS IMPEDIMENTUM INFERATUR.* §. 5.

(1) *Gravina de orig. Juris Lib. II. §. 40. & ſeq. Novat Lib. III. Prob. Cap. ult.*

§. 5. *MŒVIÆ, SI NON NUPSERIT, fundum, cum morietur, lego. Poteſt dici, & ſi nupſerit, eam CONFESTIM ad legatum admitti.*

Allo ſteſſo modo opinò il Giureconſulto *Giuliano* nella *L.* 22. *D. eod. Quotiens ſub conditione mulieri legatur SI NON NUPSERIT; & ejuſdem fidei commiſſum ſit, ut Titio reſtituat, ſi nubat; commode ſtatuitur, ETSI NUPSERIT legatum eam petere poſſe, & non eſſe cogendam fideicommiſſum præſtare.*

Giovi aggiugnere un quarto eſempio, tratto dalla *L. Servo* 65. *D. ad S.C. Trebell.* §. 1. *Si teſtator rogaſſet heredem, ut reſtituat hereditatem mulieri, SI NON NUPSISSET; dicendum eſt compellendum heredem, ſi ſuſpectam dicat hereditatem, adire, & reſtituere eam mulieri, ETIAM SI NUPSISSET.*

E ſe il noſtro Avverſario, oltre a' pretti, e chiari ſtabilimenti legali brama ſentire anche delle *autorità* de' più cordati Interpetri; di queſte pure ve n' ha a dovizia. Ma per non allungar ſoverchio la preſente *Memoria*, nella quale ci ſiam prefiſſi la poſſibile brevità, ad iſcanſar qualunque tedio rapporteremo ſoltanto la dottrina del più ragguardevole, e rinomato fra eſſi, vogliam dire *Giacomo Cujacio*, che per la ſua rara erudizione, e perizia nell' interpetrar le leggi meritò di eſſer chiamato *legum ocellus*, τὸ νομικὸν ὀφθαλμός.

PATER filiam impuberem heredem inſtituit (ſcrive egli in una delle ſue *Conſultazioni* (1)) *SI NON NUBERET ANTE ANNUM VIGESIMUM, ET POST ANNUM VIGESIMUM, SI NUBERET ARBITRATU TUTORUM. Quæſitum eſt, an hæ conditiones puellæ remittendæ ſint? Dixi remittendas, quaſi repugnantes utilitati publicæ, & nuptiis impedimentum inferentes; atque ideo filiam hereditate non excludi, etiamſi cui honeſte*

(1) *Tom. I. Column.* 689. *lit. E. Conſult.* 39.

ſte nupſerit intra annum vigeſimum.

Ergo certiſſimum hoc eſt (così ſi ſpiega altrove commentando la citata legge di *Papiniano* (1)) *mulierem, cui relictum eſt legatum ſub conditione SI NON NUPSERIT, capere legatum, etiamſi nubet; & huic conditioni non eſſe parendum.*

Finge aliter, relictum nempe legatum mulieri non ſub conditione, SI NON NUPSERIT, ſed ſub alia conditione, quæ tamen idem efficiet, ne nubat, niſi volet cadere legato (ſimile ſarebbe la penale da' Teſtatori impoſta a D. *Samuele* in caſo di contrevenzione, giacchè ammogliandoſi ſenza verificarſi il caſo della *mancanza di figli maſchi* di D. *Vincenzo*, reſtava privo della di loro eredità, e reſtava ſolo iſtituito nella *legittima* dal padre). *Non dicam igitur palam SI NON NUPSERIT, ſed recta hoc modo, LEGO CENTUM SI ARBITRATU TITII NUPSERIT: non palam prohibeo nuptias, ſed volo, ut ſi nubat, arbitratu Titii nubat. SANE hoc perinde eſt, atque ſi dixiſſem SI NON NUPSERIT, cum nuptias ejus voluerim pendere ex arbitrio alterius. Nam quid ſi Titius arbitrari nolit? Quid ſi nullam conditionem nuptiarum comprobet? Igitur non tam oportet ſpectare verba, quam ſententiam legis Juliæ, quæ talis eſt, UT NE MINIMUM QUIDEM IMPEDIMENTUM NUPTIIS INFERATUR. Igitur ex legis ſententia mulier, etiam ſi nubat ſine arbitratu Titii, puta vivo Titio poſt mortem teſtatoris, capiet legatum.*

La condizione impoſta da' Teſtatori a D. *Samuele*, quantunque non conteneſſe un *eſpreſſo* divieto a lui di ammogliarſi; in ſoſtanza però, giuſta il ſentimento del *Cujacio*, e di chiunque ha buon ſenno, quella tal condizione, *nel caſo D.* Samuele *voleſſe prender moglie, avendo figli il fratello D.* Vincenzo, *non poteſſe D.* Samue-

le

(1) *Tom. IV. column. 491. lit. E & ſeq.*

le *nulla pretendere ſulla diloro eredità*, *ma queſta foſſe intiera di D.* Vincenzo, *e ſolo D.* Samuele *poteſſe pretendere ſulla roba paterna la legittima*, *che* de jure *gli ſpetta*; fuori dubbio, che *implicitamente* la condizione *proibitiva* a lui *delle nozze* contiene; e perciò non merita per legge, che veniſſe atteſa, ma dev' eſſere dal Magiſtrato rimeſſa, come ſe non ſi trovaſſe ſcritta nè tanto nè quanto; e quindi, giuſta il preſcritto delle leggi medeſime, *fin da oggi* conferir gli ſi dee la *metà libera* de' beni ereditarj così del *padre*, che del *zio*, ſiccome ha egli domandato. *Si ea legati conditio ſit, quam Prætor remittit, STATIM dies cedit* (1): non facendo le leggi veruna diſtinzione, ſe la ſudetta condizione proibitiva ſi foſſe ingiunta all' erede *neceſſario*, ovvero all' *eſtraneo*. . .

Senonchè ſi è da noi per un dippiù, e per un maggiore argomento voluto dimoſtrare la *inefficacia* della mentovata *condizione*, e della *penale* all' inadempimento della ſteſſa ingiunta; mentre anche reggendo la condizione, non ha potuto D. *Samuele* decadere dalla iſtituzione, eſſendoſi dimoſtrato egli fin' oggi per un ſuo piacere condiſcendente a' deſiderj de' Teſtatori; perciocchè nè *dal Fratello ſi è diſunito*, nè *ha preſa moglie*; abbenchè sì l' una, che l' altra coſa gli veniſſe per legge permeſſa di fare, senza tema veruna d' incorrere nella penale anzidetta, ſiccome ampiamente ſi è dimoſtrato; E quindi ſempre più regolare, ed unisona al giuſto deve dirſi la ſua domanda, di eſſer egli dichiarato Erede per *metà* e del Padre, e del Zio, tanto nell' *uſofrutto*, che nella *proprietà*, ſenza rimaner *ligato* alle condizioni nel di lor teſtamento appoſte.

Nè

(1) *L.* 5. §. 3. *D. quando dies legator.*

Nè valgon le oppoſizioni del Fratello D. *Vincenzo*, che abbia già D. *Samuele* accettato il teſtamento con averſi dalla Local Corte a norma dello ſteſſo, & *cum conditionibus in eo expreſſis*, fatto ſpedire il decreto di preambolo; e che laddove all' oſſervanza delle mentovate condizioni tenuto non foſſe, eluſa rimarrebbe la volontà de' Disponenti; avvegnacchè potendo D.Samuele *liberamente* disporre di ſua porzione, non verrebbon più i beni tramandati *a' figli di D. Vincenzo*, che furono *implicitamente*, e per una neceſſaria conseguenza, in quella tal diſpoſizione contemplati, quando vietoſſi a D. Samuele *il prender moglie, ſe non nel ſolo caſo, che D. Vincenzo non procreaſſe figli maſchi*. Ecco, ſi dice, una *tacita ſoſtituzione* a favore *de' figli maſchi* di D. Vincenzo, e queſti prediletti *in eſcluſione di D.Samuele*; dovendoſi in queſto caſo verificare ciò che ſcriſſe il Giureconſulto *Celſo* nella *l. 7. D. de Supellect. legata. Prior, atq. potentior eſt, quam vox, mens dicentis.*

Tanto l'una, che l'altra oppoſizione verranno da noi diſcuſſe e dileguate ne' due §§. ſeguenti.

§. II.

§. II.

Non nuoce a D. Samuele di averſi ſpedito il preambolo in virtù del ſuddetto teſtamento.

SI eſpoſe nella narrativa de' fatti, in che epoca, ed in qual modo ſi foſſe quel decreto di preambolo ſpedito, La qualità di *figlio di famiglia* di D. *Samuele*, e la ſopravvivenza di uno de' Teſtatori, o ſia del di lui padre D. *Ferdinando*, nell'epoca della ſpedizion del preambolo (1), caratterizzan baſtevolmente quell'atto per un' atto *nullo*, Sicchè dov'è l'*accettazione*, ſulla quale tanto l'Avverſario ſi poggia, di quel tale teſtamento? La ſpedizion del preambolo in tempo, che uno de' due Teſtatori era vivente, e poi colui, che *ſub patria poteſtate babebat* gli eredi iſtituiti, egli è coſa indubitata, che non potea produrre un'accettazione in danno, e pregiudizio di coloro, ch'eran *figli* di *famiglia*; e ciò per quanto concerne alla diſpoſizione fatta dal Canonico D. *Giacomo*; conciofiachè per quanto tocca la diſpoſizione fatta da D. *Ferdinando* col teſtamento medeſimo, non vi è ombra di atto alcuno, nè ſolenne, nè privato, che ci dimoſtraſſe di avere il ſuo figlio D. *Samuele* unquemai la medeſima accettata.

E poi, come potean mai *vivente patre* acquiſtare i figli la eredità del *patruo*; quando per le notiſſime diſpoſizioni di dritto (2) avrebbon formato que' beni un *peculio* lor *profettizio*, sù del quale la piena *proprietà* al padre *D. Ferdinando* ſarebbe appartenuta? Per queſt' altra invincibile ragione adunque quel decreto di preambo-

(1) Veggaſi la pag. 3.

(2) §. 1. *Inſtit. Per quas perſonas cuiq. adquiritur*,

bolo fu degno ſolo della ſagacità, e *giuriſperizia* di quel Governatore Locale.

Ma ſi finga in grazia dell'Avverſario, per una *mera ipoteſi*, che ſi aveſſe D. *Samuele* fatto ſpedire ben'anco il preambolo del padre in virtù di quel tale teſtamento dopo la morte di lui. Che perciò? Importarebbe queſt' atto un' *accettazione* tale, che avrebb' egli perduto il dritto d' *impugnarlo* per farlo correggere in quello, che per *legge* gli era permeſſo, e contro della *legge* veniva col teſtamento ſtabilito? La quiſtione là decideva nettamente a favor di D. *Samuele* il poc'anzi lodato Giureconſulto *Papiniano* nella *L. ult. D. de his quæ ut indignis auſer. SI teſtamentum patris jure factum filius negavit, quoniam de jure disputavit, non judicium impugnavit, aut accuſavit, RETINET DEFUNCTI VOLUNTATEM.*

Ha domandato, e domanda D. *Samuele*, che le *condizioni* appoſte nel teſtamento del Padre, e del Zio gli ſi *rimetteſſero*; giacchè diſapprovate dal dritto, e riputar ſi debbono come non ſcritte; e quindi perchè *non judicium impugnat, ſed de jure diſputat*, ritener dee ciò, che i Teſtatori gli laſciarono, o ſia la *metà* delle loro eredità, nell'*uſofrutto* non ſolo, che nella *proprietà*; e *immune da reſtituzione* a prò de' figli del fratello, anche nel caſo d' inoſſervanza delle condizioni medeſime.

In termini egualmente preciſi, e confacenti al caſo, ſcriſſe il Giureconſulto *Paolo* nella *L. 5. D. eod. Poſt legatum acceptum* (che ſarebbe il caſo dell'*ipotetica accettazione*, che ſi oppone a D. *Samuele*) *non tantum licebit falſum arguere teſtamentum, ſed & non jure factum contendere.*

Poſte tali maſſime indubitate di dritto, cade la forte oppoſizione, che crede di fare D. *Vincenzo* alla domanda del fratello, per impedirgli lo ſperimento di ſue ragioni per la *metà libera* dell' eredità paterna, e del zio; mentre la ſpedizione di quel tale preambolo, come ſi è di-

mo-

moſtrato dee riputarſi *nulla*; e poi non induceva accettazione tale, che vietato poſcia veniſſe a D. *Samuele* di fare ſpiegare *ſecundum jus* (1) dal Magiſtrato la importanza delle mentovate condizioni a lui impoſte; nulla avendo che fare nella cauſa preſente la dottrina, che cita il noſtro Avverſario, di *Carlantonio de Roſa* alla pag. 8. della ſua Allegazione ſtampata, e molto meno la cautela di *Socino*; durando tuttavia D. *Samuele* nella *unione col fratello*, e nel *celibata*: condizioni per altro, che dall'*autorità* del Giudice, intende di venir tolte dalla ſua *iſtituzione*, come contrarie alla libertà dell'uomo, alla propagazione della ſua ſpezie, e nocive allo Stato; laonde meritarono tutta la diſapprovazione dalle leggi, e conſiderar ſi debbono come non appoſte, e cancellate.

§. III.

Non vi è, nè vi può eſſere tacita ſoſtituzione, per la proprietà de' beni, a beneficio de' figli maſchi di D. Vincenzo.

CHe D. *Samuele* non foſſe incorſo nella *controvenzione*, e nella *penale* della controvenzione iſteſſa, pare che anche l'Avversario ne foſſe perſuaſo. Non è perſuaso però, che ſi dichiari D. *Samuele* erede egualmente *proprietario* nella ſua metà; e libero, e ſciolto dalle anzidette condizioni di *celibato*, e di dover *convivere* col fra-

(1) *Nihil in jure magis promulgatum* (ſcrive un rinomato Scrittore in materia d' interpetrazione di ultime volontà) *quam Teſtatorum voluntates SECUNDUM LEGUM DISPOSITIONEM interpretari, & quemlibet præſumi voluiſſe id, quod lex ipſa diſponit. Mantica de Conjectur. ultim. volunt. Lib. VI. Tit. 6. n. 1.*

fratello D. *Vincenzo*; che anzi lo vuole obbligato a subire in parte il *peso* del sostentamento de' *figli di costui*. Non fu questa, dic' egli, la *mente* de' Testatori, quando prescrissero, che *solo D. Vincenzo debba prender moglie, e D. Samuele debba far vita comune con D. Vincenzo? E che nel caso D. Samuele volesse separarsi da D. Vincenzo, o volesse prender moglie, che D. Samuele niente possa pretendere sulla di loro eredità, ma questa in tal caso sia intiera di D. Vincenzo; e D. Samuele possa solo pretendere sulla roba paterna la legittima. E NEL CASO POI esso D. Vincenzo prendesse moglie, E NON FACESSE FIGLI MASCHI, che in tal caso debba prender moglie D. Samuele, dandosi alle figlie femine di esso D. Vincenzo la sola dote di paragio, ed il dippiù della rendita debba accrescersi ad esso D. Samuele?* Il contesto di tale instituzione di eredi non dimostra chiaramente, che l' idea de' Testatori fu quella di volere D. *Vincenzo*, e i *figli maschi* di D. *Vincenzo*, eredi nella *proprietà*; e nel *solo caso*, che D. *Vincenzo* ammogliato non procreasse figli maschi, poter passare a nozze D. *Samuele*, ed ottenere anch' egli la *proprietà* de' beni? In questo testamento, si replica, *plus, quam vox, prior, & potentior est mens dicentis.*

Questo, e non altro è tutto l'argomento, col quale si sostengon gli assunti di D. *Vincenzo*; ch'egli solo sia il chiamato alla proprietà de' beni; che i *suoi figli* già nati debbano meritare della contemplazione, e *preferenza* al zio D. *Samuele*; e che costoro *FORMAN GIA' PARTE DELL' EREDITA' DE' TESTATORI* (1) (espressione questa, che, si confessa la nostra ignoranza, non si è giunta da noi a capire.)

Ma con buona pace del nostro dotto Avversario (prescindendo, che forse quelle tali condizioni furon apposte dal

(1) *pag. 14. della cit. Allegaz. verso la fine.*

dal Notajo amico, d'intelligenza ſegreta di D. *Vincenzo*, come ve n'ha nel termine una mezza pruova) ſe la natura delle condizioni ingiunte alla iſtituzion dell' erede in perſona di *D. Samuele* è tale, che lungi dal doverſi attendere dal giudice, ſi reputano per non iſcritte, e ſi hanno per *legalmente* rimeſſe, sicchè *pura* diventa la ſua inſtituzione, *NAM non defectus videtur conditione is qui parere conditioni non debet* (1); a che lambiccarci il cervello nell'andare indagando, quale ſia ſtata, e quale abbia potuto eſſere la volontà de' diſponenti? E' queſta certamente un'occupazione inutile, ſiccome inutile riuſcirebbe l'andare davantaggio in traccia della volontà de' medeſimi nel caſo facilisſimo a ſuccedere, che i figli già nati di *D. Vincenzo* in età pupillare, oppur deſtituti di prole ſi moriſſero, e *D. Samuele* non foſſe allora più in iſtato d'ammogliarſi, e di far figli, ſicchè vana vedrebbeſi riuſcita quell'idea, che dice l'Avverſario di aver'avuto in mira i Teſtatori della *continuazione della caſa*, e *della famiglia*.

Se un Giudice voleſſe, o doveſſe incaricarſi di tutto ciò, che probabilmente, o veriſimilmente ha deſiderato un Teſtatore; oh quanto creſcerebbe a diſmiſura la confuſione, e l'incertezza del dritto! oh come maggiore diverrebbe l'autorità del giudice di quella de' diſponenti ſteſſi! Egli è vero, che giuſta la maſſima rapportata del Giureconſulto Celſo nella *l. 7. D. de ſupellect. legata*, *Prior, atque potentior eſt, quam vox, mens dicentis*: *NEMO TAMEN* (ſoggiugne il Giureconſulto medeſimo) *ſine voce dixiſſe exiſtimatur*. Or le voci, che li Teſtatori *Maſſei* nel di lor teſtamento uſarono, ſon tali, che ſpiegaron ſulle prime un eguale affetto per *D. Vincenzo*, e *D. Samuele*; e ch'entrambi *egualmente* s'iſtituivano *Eredi*: Senonchè poi per cooperazione, e ma-

no-

(1) *L.* 8. §. 7. *De condit. inſt.*

novra del Notajo si apposero alla istituzion di *D.Samuele* quelle divisate condizioni, che dalla *legge*, che ha maggior autorità de' *disponenti*, vengon riprovate, e rimesse. Il detto fin quà in risposta degli assunti, e delle oppolizioni di D. *Vincenzo*, sembra a nostro avviso sufficientissimo, perchè il S. Consiglio, posta da banda qualunque difficoltà, e dubbiezza, inerisca colla sua savia decisione alle dimande di D. *Samuele*; di esser' egli ad onta delle mentovate condizioni dichiarato erede ugualmente col d. suo fratello del comune Padre, e Zio, tanto nell' *usofrutto*, che nella *proprietà* de' lor beni ereditarj. Ma se poi lo stesso Supremo Tribunale, oltre alle rapportate solidissime ragioni tratte dal *Gius comune*, metterà anche a calcolo, come metter deve le altre, che sorgono a favor di D. *Samuele* dall'ultima legge abolitiva delle *sostituzioni fedecommessarie*; quanto più chiaro, e luminoso non si renderà il suo buon dritto; e quanto deboli, ed insussistenti fino al nulla non diverranno le opposizioni tutte del Fratello?

Napoli a dì 21. ottobre 1807.

Vincenzo Barbaroli.
Francesco Minervini.

VA1
1547184